

条例の違憲審査

渋谷 秀樹

- 一 はじめに——分析の視角
- 二 「地方自治の本旨」と条例論
- 三 憲法と条例の関係
- 四 条例と法の下の平等
- 五 条例による財産権の規制
- 六 条例による表現行為の規制
- 七 結びにかえて——残された問題

一 はじめに——分析の視角

憲法九四条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定する。この規定は、大日本帝国憲法（以下、明治憲法ともいう）においては法律によって府県および市町村に認められていた権能^{（1）}を憲法上の権能とするものであった。そして、明治憲法下においても、条例制定権は、一八八八年、町村会に、また一九二九年、府県会に認められたが、現行憲法九四

条によって初めて憲法上の権能たる地位を獲得したのである。⁽²⁾

しかし、このような憲法上の根拠と民主的正統性をもつ条例であっても、憲法に違反している条例は無効となる。⁽³⁾そして、これまでも条例に対する違憲審査についての判例が、憲法訴訟論の領域において、重要な位置を占めてきている。ところが、例えば、「刑事立法のラッシュとでもいえる状況」⁽⁴⁾が、近時多くの地方自治体において目立ちつつあるという指摘があるように、条例の制定や改正の話題が、新聞の紙面等をしばしばにぎわしている状況にある。憲法問題をはらむ条例としては、二〇一〇年のアニメや漫画を新たに規制対象とする「東京都青少年の健全な育成に関する条例」の改正、二〇一一年の「東京都暴力団排除条例」、「大阪府の施設における国旗の掲揚及び教職員の国歌の斉唱に関する条例」、「京都府児童ポルノの規制に関する条例」の制定などがある。⁽⁵⁾これらの条例もいずれば何らかのかたちで裁判所の違憲審査の対象となることは必定である。しかし、これら個別の条例にある憲法問題を指摘する前に、憲法の定める地方自治の趣旨を確認し、その上で、従来の条例に対する最高裁の違憲審査のあり方を振り返り、今後のあるべき姿を考察する足がかりを示したい。⁽⁶⁾

(1) ただし、明治憲法下の府県・市町村は基本的に事業団体であり、行政事務についても国の法令によって定めることが多かったのに対して、現行憲法によってより一般的に「行政を執行する」とされたことが重要であるが、これは本稿の考察対象ではない。

(2) 明治維新から現在に至るまでの地方統治の略史については、渋谷秀樹「〔第 8 章〕地方自治」芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール・憲法』四七二～四七七頁（二〇一二年、日本評論社）（以下、「渋谷・コンメンタール」として引用）参照。

(3) 違憲の法令を無効とする憲法九八条一項および裁判所の違憲審査権を定める憲法八一一条には「条例」の文言がないので、これら二ヶ条と条例との関係が一応問題となる。しかし、九八条一項は、すべての政府機関の行為の国内法的効力が憲法に違反してはならず、仮に違反していたら無効となるという「憲法の支配」の原則を明言するものであり、憲法八一一条も、すべての政府機関の行為の合憲性の最終的判定権が最高裁判所にあるという違憲審査の主体を定めるものであるから、地方公共団体の制定する条例も当然にこれら二ヶ条に含まれているという理解に対する異説はない。

(4) 刑事法からのこのような問題意識については、深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論」立教法学七九号五七頁（二〇一〇年）参照。

(5) その他に、二〇一一年に制定された「福岡市建築紛争の予防と調整に関する条例」、東京都「北区集合住宅の建築及び管理に関する条例」などのほかに、千葉県・兵庫県が制定を検討していると伝えられる受動喫煙防止条例など枚挙に暇がない。なお、このような近時制定・改正され、または制定・改正の予定されている条例以外の、これまでに制定され施行されている条例においても重要な憲法問題が含まれているものが多数に上ることはない。

(6) 条例論を考察する際に欠かせないのは、「地方自治権の根拠」の問題である。なぜなら、その根拠をいかに考えるかによって、条例制定権の制度的根拠についても変動が生じ、それに連動して条例制定権の範囲あるいは限界も変動していく可能性があるからである。しかし、複雑なマトリックスを要するこの課題については将来の課題としておきたい。なお、地方自治権の根拠については、渋谷・コンメンタール四七七～四七九頁参照。

二 「地方自治の本旨」と条例論

現行憲法によって認められた条例制定権に関連する問題を考えるにあたって、指導原理になるのは、「地方自治の本旨」(= the principle of local autonomy) である。憲法第八章全体を指導する条項としておかれた九二条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」としているからである。このように法律によって定められることとされる「地方公共団体の組織及び運営に関する事項」についても、「地方自治の本旨」という留保が付されている。

1 「地方自治の本旨」の意味

「地方自治の本旨」という原理を構成する要素は、従来、団体自治と住民自治の二つであると説明されてきた。しかし、このような説明には、両要素の後半に共通する「自治」の中身の説明がなく、また前半にそれぞれある「団体」と「住民」に対等の価値が付与されているので、地方分権をさらに押し進めていこうとする現在の日本において地方自治を論じる上でもはやふさわしくない。⁽⁷⁾ また団体自治が手段であり、住民自治が目的であると位置づ

けても、自治の結果何がもたらされるかが重要であるので、このような位置づけは団体自治と住民自治の間に主従の關係をつけたことにはならない。出発点は、地方公共団体が国という統治団体の中に包摂される団体であり、その統治権を行使するのが地方政府であるという位置づけから始めなければならない。

そうすると、地方政府も中央政府も統治権をもつ政府である点では同じであるということから出発すべきで、その明らかな相違は、統治権の及ぶ範囲の広狭、つまり全国に及ぶか、それとも地方に止まるかという点にある。⁽⁹⁾この観点からすると、従来団体自治と呼ばれてきたものは地方政府のもつ地方統治権に、住民自治と呼ばれてきたものは住民のもつ地方参政権と呼びかえるべきではないか。そして、地方政府のもつ地方統治権の他の政府に対する独立性については、主権の概念と類比させて、統治団体（政府）のもつ一国内における対外的独立性になぞらえるべきであり、またその固有事務については他の政府の行為に対する優位性を意味する地域内最高性ととらえるべきではないか。⁽¹⁰⁾このような考え方からすると、「地方自治の本旨」は、地方統治権、地方参政権、対中央政府独立性、地域内最高性の四つの概念によって把握されることになる。

2 憲法と条例に関する諸問題

憲法九四条によって、条例制定権が地方公共団体に認められたのであるが、「条例」という文言が、憲法にはこの条項以外にはまったく登場しない。この事情の背景には、推測するに、日本国憲法の制定が形式的には大日本帝國憲法の改正として行われたということがある、そのゆえに、第八章以外の各条項の制定過程において、条例のことがまったく念頭に置かれなかったことによるとして、その実質的理由を説明できるのではないか。⁽¹¹⁾しかし、仮にそのような事情があったにせよ、地方公共団体が現実に条例を制定する以上、憲法の枠組みの中で、どのように条例を位置づけていくかを考えなければならないことになる。

そこで、現行憲法と条例との関係について生じる諸問題をアットランダムに列挙すると次のようになる。第一に、憲法九八条一項の最高法規条項との関係で条例はどうなるのか、第二に、これに関連して憲法八一条の違憲審査権との関係で条例はどうなるのか、である。これら二つの問題については、憲法九四条が、条例制定につき、「法律の範囲内で」という留保を付しているので、九八条・八一条との関係において、条例は、法律との関係では劣位に立つと解され、したがって条例は憲法に違反してはならず、また違憲審査権の対象となるとということが論理的に導きだされる。また九八条と八一条が列挙する法形式は、いずれも一般的法規範の例示と解することによって文言上の欠落を回避することができる。

第三に、そして、これが本稿のテーマに直接関係するのであるが、基本的人権につき規定する憲法第三章との関係で少々厄介な問題群が存在する。まず、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とする憲法二九条二項との関係である。日本国憲法における人権保障は、基本的に「法律の留保」⁽¹²⁾から解放されたが、財産権については、その憲法上の位置づけの歴史的転換に伴い、このような規定が設けられたのである。ところが、この規定を人権保障の優位性を前提に考えると、法律より下位の法形式である条例による規制はできないのではないか、という疑問が生じるのである。

さらに、憲法第三章に「条例」の文言がないことから、以下の二つの問題が生じる。一つは、憲法三一条に関連して、条例によって刑罰を定めることが果たして可能か、また憲法三〇条および八四条に関連して、条例によって課税することが果たして可能か、という疑問が生じてくる。ただし、これら二つの問題は実体的人権の規制に直接は関係しないので、本稿の考察の対象外としたい。⁽¹³⁾

以上が、これまで指摘されている、憲法からみた条例論の課題であった。本稿は、これらの課題に取り組むために、まず憲法と条例との関係から考察を始めた。

(7) なお、一九九五年に設置された地方分権推進委員会は、自治（自己）責任に裏付けられた自己決定権をキーコンセプトとした。著者も個人の自律、つまり意思決定と決定された意思内容の実行という観点から、住民自治と団体自治を説明したことがある。渋谷秀樹『赤坂正浩「憲法2統治」一八五頁以下（第四版、二〇一〇年、有斐閣）（渋谷執筆）』。しかし、これはあくまで比喩的な説明であり、人権類似の概念を使用して統治団体の意思決定とその実行の問題を語る手法については、疑問を呈したことがある。渋谷秀樹『都道府県と市町村の関係』公法研究六二号二二二頁、二二〇頁（二〇〇〇年）参照。

(8) 筆者は、最近の地方自治に関する論考において、一貫して、地方公共団体と地方政府を区別して論じることの重要性を主張してきた。簡単に述べると、地方公共団体という統治団体に当該地方を統治する権能・権利を憲法が授権し、それを具体的に行使する機関として地方政府が存在するということである。渋谷秀樹『憲法』六七二頁（二〇〇七年、有斐閣）（以下、「渋谷・憲法」として引用）、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』五頁以下（第二版、二〇一〇年、有斐閣）（以下、「渋谷・論じ方」として引用）等参照。

(9) これは地域という空間に止まらず、その住民に及ぶという意味で、中央政府の統治権が国際法上の一定の制約はあるものの国外の国民にまで及ぶのと同様である。

(10) 渋谷・論じ方二五頁以下参照。

(11) 他の考え方の一つとして、憲法九二条が「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」とし、また九四条が「法律の範囲内で」とすることから、条例は、すべて法律の委任を受けて制定されればよい、としたとみることもできないではない。しかし、このような考え方からすると、条例がすべて法委任条例でなければならないということになり、自主条例の存在をまったく否定することになって妥当ではない。しかし、条例による刑罰の設定を認めた最大判昭和三七・五・三〇刑集一六巻五号五七七頁（大阪市売春勧誘行為等取締条例事件）には、法律の規定に条例制定の根拠を見出そうとする発想が見られ、このような考え方は、旧憲法時代の「地方行政」の発想からすると、むしろ普通のものであったかもしれない。

(12) 不可侵であつた財産権が、社会権の登場によってその位置づけが変容したことは、ワイマール憲法一五三条三項の「所有権は義務を伴う。その行使は同時に公共の福祉に役立つべきである」とする規定が象徴している。この辺の事情については、例えば、渋谷・憲法一八頁以下、二八六頁以下を参照せよ。

(13) これらの問題については、渋谷・憲法七〇二頁以下、特に課税権の問題については、「地方公共団体の課税権」立教法学八二号一六七頁（二〇一一年）参照。

三 憲法と条例の関係

憲法一三条後段が、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立

法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定するように、人権に対する立法行為による規制は、最小にとどめるべきことが要請され、ここに示された立憲主義の基本理念は、条例にも当然に妥当することになる。そして、そもそも条例の対象になる事項は何かという問題は、条例の対象としてはならない事項とは何かという問題と表裏の関係にあり、このような関係が存在することが間接的に人権を保障しているという構造になっている。そこで、人権保障の観点から、条例制定権の範囲をまず確認しておく必要がある。

1 条例制定の対象

条例制定の対象は、法律の定めとは独立に地方政府が自主的に決定できるが、条例には対人的・地域的限界があるとともに、その対象においては地域における事務に限定される。この趣旨は、条例制定の対象を「第二条第二項の事務」、すなわち「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」とする地方自治法一四条一項の規定に現れている。

法律と条例との関係について、一九九九年の地方自治法改正によっても、基本的な変更はないと考えられる。憲法が定める「法律の範囲内」という枠組みは不変だからである。もともと、地方自治法の定める役割分担の原則が貫徹されるようになると、結果的に条例の守備範囲は広くなるであろう。特に地方自治法二条一二項前段は、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用しなければならない」とし、この点を裏付けている。さらに、役割分担を徹底させれば、自治事務の領域については、条例が法律に実質的に優位するという関係が成立していく可能性もはら⁽¹⁵⁾₍₁₆₎んでいる。

2 「法律の範囲内」と「法令に違反しない限りにおいて」の異同

憲法九四条の「地方公共団体は、……法律の範囲内で条例を制定することができる」という文言と、地方自治法一四条一項の「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる」という文言の相違をどのように考えるかという問題がまずある。

憲法九四条が、「法律の範囲内」と規定するのに、地方自治法一四条一項は「法令に違反しない限りにおいて」と規定している。にもかかわらず、両者に文言の相違はあるが、内容は同様であると解するのが一般的である。しかし、憲法の委任を受けて、あるいは憲法上の規範を執行するために制定される法律は、憲法の条文の文言を、その法律の目的規定等を定める条項に規定するのが一般的であるにもかかわらず、このような相違がある点をどのように解するかは、条例論の考察をすすめる上できわめて重要と考える。

これらの規定には、二点の相違がある。第一は、「範囲内」が「違反しない限りにおいて」となっている点、第二は、「法律」が「法令」となっている点である。

第一の問題、すなわち「法律の範囲内」の意味につき、法律が条例の所管する範囲を定め、そのような法律のない限り条例単独で法規を定立できないとする考え方（条例所管事項法律留保説）もある。しかし、この説は、「地方自治の本旨」に含まれる対中央政府独立性の要素とも矛盾する。したがって、地方政府は、法律に違反しない限り、法委任条例のみならず、自主条例を制定することができると理解すべき（自治事務自主条例制定権限説）である。

第二の問題についてのこれまでの説明は以下のようになされていた。すなわち、地方自治法一四条一項という「法令」とは、国会の制定する法律と中央政府の行政機関が制定する命令をいうのであるが、現行憲法下では、独立命令は制定できず、委任命令と執行命令のみを行政機関は制定できるだけであり、これらの命令は法律と一体の

ものと解されるからであるとする。しかし、ここでは中央政府の行政機関が制定する法たる命令と、主として地方政府の議会の制定する法たる条例の優劣が果たしてこのように単純に定まるか否かについて、再考すべき時期が到来しているのではないか、とする問題提起をしておきたい。先ほど、地方自治の本旨の中身として、地域内最高性を指摘した。法律が条例に対して優位することは、九二条および九三条からして、基本的に動かし難いところである。しかし、命令に対する劣位は必ずしも自明とはいえない。制定プロセスから導き出される正統性の見地からいうと、住民代表または住民の制定する法規範である条例が命令に対して優位に立つということは、地域内事務に関する地域内最高性という見地からしても根拠づけられるといえるのではないか。とすれば、憲法解釈の見地からは、「法律に反しない限りで」とすべきところを、地方自治法一四条一項が、「法令に反しない限りで」という文言としたことは、憲法制定時における、地方自治が確立するまでの過渡的措置の規定としては、やむをえないものとして肯定できるとしても、地方自治が一九九九年の地方分権改革が一段落した後、さらに地方分権改革をより一層推進していくためには、憲法の本来の趣旨に反するものとして、その改正を視野に入れる時期に至ったと考えるべきである。

3 人権保障と規制条例

法律と条例の抵触に関する判例の傾向は、関連法律の趣旨解釈を基準として条例制定の可否を判断しているとい⁽¹⁷⁾つてよい。さらに、私人の権利・自由を制限する規制条例については、その権利の性質・内容と規制の方法等について、違憲審査基準に基づいてそれが判断されることになる。

法律がすでに存在する場合において、条例による規制の追加がなされたときにも、その合憲性については、違憲審査基準による判定がなされるべきことになる。そして、条例による横出または上乗せ規制については、規制不

要との推定が働き、規制地域の特殊性による規制の必要性の論証責任を規制する地方政府側が負うとする判断枠組みをとるべきことになる⁽¹⁸⁾。また法律との抵触関係が問題とならない、黙示的先占がない場合においても、規制条例の合憲性については、法律の違憲審査基準の適用が必要条件となる。

(14) この点は、地方分権改革推進委員会から二〇〇八年二月八日に出された『第二次勧告——「地方政府」の確立に向けた地方の役割と自主性の拡大——』が示される際に、条例による法令の規定の上書きという方向性が示唆されたが、法律と命令との区別につきどのように考えているかは不明である。ただ、法令による義務付け・枠付けの見直しという観点が打ち出されている。これら二つは、条例制定権の拡大という点では同じであるが、後者は、法令の優位を前提とする点において、質的に異なるものと考えられる。なお、同委員会から二〇〇九年一月七日に出された『第三次勧告——自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ——』においては、後者の点からの勧告がなされた。

(15) 旧制度の下でも、地域の環境保全と生活環境の保持を例として、固有の自治事務を設定し、条例先占論が唱えられたこともある。原田尚彦『地方自治の法としくみ』六六頁（全訂第二版、一九九五年、学陽書房 参照。しかし、固有の自治事務の確定方法と、憲法の「法律の範囲内」との関係が明確に説明されていない。塩野宏『行政法Ⅲ』二〇七頁以下（第三版、二〇〇六年、有斐閣）参照。

(16) いわゆる法律先占論等の法律と条例の関係についての詳細は、渋谷秀樹「条例制定権の限界」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』一八九頁、一九一頁以下（一九九五年、日本評論社）（以下、「渋谷・条例制定権の限界」として引用）、渋谷・憲法六九七頁以下参照。

(17) 徳島市公安条例事件・最大判昭和五〇・九・一〇刑集二九卷八号四八九頁参照。なお、この問題については、渋谷・憲法六九七頁以下参照。

(18) 渋谷・論じ方四二六頁以下参照。

四 条例と法の下の平等

ある地方公共団体の条例制定によって、他の地方公共団体の住民との間に生じる異なる処遇が、憲法一四一条一項の規定する「すべて国民は、法の下に平等であつて……差別されない」という規定に反しないかという問題が生じる。

ここでは、平等原則は、条例制定の際に常に問題となるという特殊性につきまず留意しておく必要がある。すなわち、平等は常に比較の問題として登場し、手続保障の問題と同様に、憲法で保障された他の個別の実体的権利の

保障問題に止まらず、その他の人間生活の領域におけるあらゆる利益・不利益に関係するという性質をもっている。条例は、それがいかなる規制をするか、あるいはいかなる利益を与えるか、にかかわらず、常に他の地域との間において、平等の問題を提起するのである。

1 東京都売春取締等条例事件

この問題に関する先例とされるのが、東京都売春取締等条例事件に関する最高裁大法廷判決である。⁽²⁰⁾この訴訟では、売春取締に関する罰則を条例で定めることが、地域によって取扱いに差別を生ずるが故に、憲法の掲げる平等の原則に反するとの趣旨が主張された。

最高裁の法廷意見は、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである」という理由のみをもつて、この条例を合憲としている。⁽²¹⁾これに対して、この判決に付された下飯坂潤夫・奥野健一両裁判官の補足意見は、以下のように指摘している。すなわち、「憲法が各地方公共団体に、条例制定権を認めているからといって、当然に、各条例相互間に憲法一四条の原則を破る結果を生ずることまでも、憲法が是認しているものと解すべきではなく、各条例が各地域の特殊な地方の実情その他の合理的根拠に基いて制定され、その結果生じた各条例相互間の差異が、合理的なものとして是認せられて始めて、合憲と判断すべきものと考ええる」とする。

この補足意見に関しては、「かりに、二つの地方公共団体の『各条例相互の内容の差異が、憲法第一四条の原則を破るような結果を生じた』として、その場合、二つの条例の双方が違憲とされるのか。それとも、一方が違憲とされるのか。もし後者とすれば、いずれの条例が違憲とされるのか」という疑問も提起されている。⁽²²⁾

2 平等原則違反の審査方法

条例制定によって他の地方公共団体との間に生じる地域差につき、どのように判断するかという問題について参考になるのは、福岡県青少年保護育成条例事件の最高裁大法廷判決に付された伊藤正己裁判官の反対意見である。

すなわち、「わが国のように、性及び青少年の育成保護に関する社会通念についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によってそれが処罰されたりされなかつたりし、また処罰される場合でも地域によって科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことであるといわなければならない。もとより、このような地域による不均衡があつても、これを正当化しうるだけの実質的な理由があれば別であるが、すでに述べたような顕著な差異について、国民を納得せしめるに足りる合理的理由をみいだすことはできないと思われる」とするのである。

現行憲法の平等に対する考え方は、絶対的平等を原則としつつ、合理的根拠があるときには、異なる扱いを相対的平等として例外的に認めているとするものである。⁽²⁴⁾したがって、地域間の不均衡を「正当化しうるだけの実質的な理由」が必要とされる。換言すると、条例による規制を支える地域の特殊性を根拠づける立法事実が、相対的平等を認める合理的根拠となるのである。この立法事実の論証責任は、そこで具体的に規制されようとする権利・利益の性質に応じて、一般的な違憲審査基準の振り分けに応じて、配分されることになろう。すなわち精神的自由または人身の自由などの人格的自由に関わる権利・自由についての規制であれば、原則として規制する側が、そして、経済的自由その他に関わる権利・利益についての規制であれば、原則としてその規制を争う側が、その規制の根拠の有無についての論証責任を負うことになろう。⁽²⁵⁾

このように考えると、先に指摘された東京都売春等取締条例の補正意見につき提起された疑問に対する回答としては、当該事件で平等原則違反が問題とされた条例のみが存在し、他の地方公共団体に条例による規制が存在しない場合には、人格的自由の規制のときには、地方政府側に地域特性による規制の必要性の論証が、その他の自由の規制のときには、住民側に地域特性による規制の必要性の論証が、それぞれに要請され、論証されなければ、前者には違憲、後者には合憲とする結論を示せばよいことになる。内容の相異なる条例相互が問題となった場合においても、問題となった規制条例の必要性を支持する立法事実が主たる争点となり、他の地方公共団体によってとられた条例の内容と手段と比較して、仮により規制度の低い他の条例によっても、同様の目的が達成できるということが明らかになれば、問題となった条例が必要最小限度の規制ではなく、過剰規制となっているのであるから、地域特性による過剰規制の必要性の有無の論証責任が、前記の原則に応じて分配され、違憲または合憲であるとする結論をだすことになるのではないか。

(19) 本稿では、手続保障の詳細を論じることができないが、手続的権利は、それ自体固有の生活領域を公権力から保護するのではなく、憲法で保障された実体的権利およびその他の実体的権利・利益の取得・保有・変更・喪失、そしてまた実体的不利益・義務の賦課という動態的側面にかかわり、実体法と手続法はその保障する角度・局面を質的に異にするのである。詳細は、渋谷・憲法一七一頁以下参照。

(20) 最大判昭和三三・一〇・一五刑集一二巻一四号三三〇五頁。この判決については、安西文雄「判例解説」憲法判例百選Ⅰ七二頁（第五版、二〇〇七年）参照。

(21) この趣旨は、福岡県青少年保護育成条例事件・最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九巻六号四一三頁の法廷意見、岐阜県青少年保護育成条例事件・最判平成元・九・一九刑集四三巻八号七八五頁の法廷意見でも確認されている。

(22) 宮沢俊義『憲法』三〇〇頁（新版、一九七一年、有斐閣）。

(23) 最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九巻六号四一三頁。

(24) 絶対的平等と相対的平等については、渋谷・憲法一九一頁参照。

(25) 学説において一般的に説かれている審査基準論からいうとこのようにならうが、このような分類は必ずしも絶対的ではない。この点については、渋谷・憲法一六〇頁以下参照。

五 条例による財産権の規制

過去において地方公共団体は財産権に対する条例規制の必要に迫られ、現実に条例を制定している。そして、ここでは条例制定限界論が財産権という基本的人権の制限問題として特化され、論じられてきた。

1 財産権法律制定主義

まず、憲法条文の解釈として、憲法二九条二項の財産権法律制定主義をどう克服するかの問題がある。つまり、同項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定するから、財産権規制は、そのすべてが法律事項であり、仮に条例で規制すれば、それは同項に抵触するという考え方も文理上は可能であり、現に条例による財産権規制は不可能であるとする説もあった。この説の根拠は、この条文を文理に従い嚴格に解すべきである⁽²⁶⁾ということの他に、「財産権は多く全国的な取引の対象となり得るものであるから、その内容を定め、或いはこれを制限するのは、統一的な法律によることが合理的である⁽²⁷⁾」という点にある。しかし、このような根拠に対しては、形式論理主義的解釈に墮するものであるとする批判が浴びせられ、自由権については許容度が嚴格でなければならないが、財産権についてはその内在的・社会的制約からいって許容度がかなり緩和されてよいのに、条例による精神的自由権の制約（例えば、公安条例）が認められ、財産権の制約は認めないとするのはおかしいとの反論があった⁽²⁸⁾。

2 財産権の内容と行使の区別論

そこで、当時の有力説は、財産権の内容と行使とに区別し、後者については条例で規制可能であると説いた。つ

まり、「財産権の内容そのものの制限の定めのごときは、地方公共団体の自治権とは、本来無関係の事柄であり、自主法によって定め得べき事項〔ではなく〕、仮りに法律が、そのような定めを条例に委任したとしても、本来、不能の事項を定めたものとして、委任規定そのものを無効と解するほかない」。ただし、「財産権そのものの内容に関する定めと、財産権の行使に関する定め又は人の権利自由を制限する結果としての財産権の制限に関する定めとは区別して考えなければ〔ならない〕」。後者は、例えば、地方公共団体が『地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持する』というような見地から、地方公共団体の事務として処理すべき場合があり、そのために、また、条例を設ける必要がある場合がある。これは一般的に財産権の内容を定め又はその効力を制限するのとは異なり、地方的な行政の必要に基づき、地方の特殊の事情に応じて、財産権の行使に制限を加えるにすぎないからである⁽²⁹⁾と説いた。

しかし、財産権の「内容」は条例で規制できないが、その「行使」は条例で規制可能とする説明は、憲法二九条二項の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」の文言にこだわりすぎるもので、そもそも、財産権の「内容」と「行使」とが、截然と区別可能なのかは疑問である。すなわち、「財産権は、本来その享有、行使と本質的に結びついている〔のであって〕、権利の行使が制限されることは、それだけ財産権の内容が制約されたものになる⁽³⁰⁾」ものと考えてるのがむしろ常識にかなうといえるのではないか。したがって、条例による財産権規制が可能とするならば、より合理的な説明が要求されることになるう。

3 規制を可能とする根拠

そこで学説は、条例による財産権規制を可能とする根拠について、以下のように考えた。第一に、「行政を執行する」ために条例を制定できることを認めた憲法九四条の規定は、立法を国会の専属管轄とした憲法四一条の例外

をなすこと⁽³¹⁾、第二に、憲法二九条二項は、財産権を侵害するには国民代表機関である議会の議決によって制定された法を必要とし、行政命令をもってすることはできないという「法律の留保」の原則を定めたものと解すべきであること⁽³²⁾、第三に、条例は地方議会という民主的基盤に立って制定されたものであるから法律と条例とは実質的に差異がないこと⁽³³⁾、第四に、憲法三一条に規定されたとされる罪刑法定主義についても、条例による罰則規定が判例⁽³⁴⁾において認められていること、第五に、優越的地位の認められる精神的自由でさえ条例による規制が判例⁽³⁵⁾において認められている（公安条例、青少年保護育成条例等）から財産権の規制は当然認められるべきであること。

以上、五点のうち、第一から第二の根拠は、それぞれに十分説得的な理由と考えられる。第三の根拠は、地方議会によって民主的手続によって制定される法規範であることというように手続の観点からの正統性と換言することもできる⁽³⁶⁾。ところが、第四と第五の根拠は、それ自体根拠とはなっていない。つまり、第四の罪刑法定主義との関係は、それ固有の問題として考えるべきであり、⁽³⁷⁾ 実体的に異なる状況の根拠として引証するためには、その理由こそが明示されるべきであるからである。また第五の精神的自由権に関する規制条例の存在については、その存在の正統性の論証抜きには、経済的自由権の規制条例の正統性を示すことにはならないし、そもそも権利の種類と性質が違以上、何らの根拠を示していないといってもよい。すなわち、精神的自由権の規制の合憲性⁽³⁸⁾は、個別の条例について規制目的と規制手段、そして目的と手段との関係が審査基準に照らして吟味された結果はじめて判定されるものであり、一般的に精神的自由権規制が許容されるわけではない以上、自由権規制との均衡論は、財産権規制の根拠とすることができない。

この問題に関し、最高裁は、一九六三年、奈良県ため池保全条例事件⁽³⁹⁾において、財産権の条例による規制を場合によっては可能であるとする考え方を示した。つまり、「ため池の破損、決かいの原因とするため池の堤とうの使用行為は憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財

産権の行使の埒外にあるものというべく、従つて、これらの行為を条例をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存してないのであるから、これを条例で定めたからといって、違憲または違法の点は認められない」とした。これは、財産権の行使について、憲法が保障しない部分について、かつすでに法令による規制のない事項については、条例による規制が可能であるというのである。しかし、ここでもなお、どのような事項まで条例が規制可能かという点についての限界は明確に示されていない。つまり、この判決はなお財産権の行使と内容との区別を前提としているようにもみえ、また法令がある場合の条例の位置づけについても明確ではないからである。さらにそもそも財産権の憲法上の保障の枠外の使用法についての規制についてだけしか言及しておらず、憲法上保障された財産権の内容・行使についてどのように考えるべきかについても不透明である。⁽⁴⁰⁾

4 問題の整理

ただし、以上の判例・学説の展開から次のような整理をしておくことは許されるであろう。すなわち、財産権に対する規制を、①権利の根本的な内容・性格に関する場合、②消極目的の規制の場合、③積極目的の規制の場合とに区別する。⁽⁴¹⁾そして、各場合について法律による規制と条例による規制の合理性を考えるというアプローチ方法をとる。そうすると、①は、財産権の本質的な属性を定めるのであるから、条例の所管事項ではない。②は、他者の権利・利益の侵害のおそれが明らかであり、また当該地域の特性に立脚したものであれば、権利内在的制限でありかつ地方的利益の擁護であると解されるので条例によつて規制することは許される。例えば、前記奈良県ため池保全条例事件・最高裁判決はこのように把握できよう。⁽⁴²⁾③については、かつての行政解釈はこれを消極に解しており、多数説でもあった。しかし、「純粹に地方的利害のために各地方の特殊性に応じて規制することが必要か

つ適当な場合であれば、国法に違反しない限り、条例をもって財産権に対して物的規制をすることも許される⁽⁴³⁾」と解するのがむしろ現在の有力説であり、このように解しないと、一九八九年に制定された土地基本法の説明がつかず、また現に、各地方公共団体が制定している、景観保護条例、ラブホテル規制条例等の各種財産権規制条例の正当化の説明をなしえないであろう。

5 財産権規制の違憲審査の方法

ここで問題となる規制条例の合憲性判断の方法と基準については、まず、規制地域の特殊性による規制の見地からの合理的根拠が必要とされることになる。条例制定自体が、常に他の地方公共団体との異なる処遇と関係するので、平等原則違反の有無は常に審査されねばならないのである。ただ、その規制の合憲性が争われた場合の論証責任は、その規制を争う側が負うことになるのは、先に述べたところである。

その上で、規制条例は、私人の権利・自由を制限する条例であるから、憲法規定文言と財産権の性質に基づいて、その合憲性の判断がなされることになる。そして、上記のように財産権の属性のうち、民法によって定められた事項のような、権利の本質に関係する部分は条例による規制がそもそもできないので、ここでの判定方法は、そのような事項に該当するか否かになる。残るは、消極目的規制と積極目的規制における審査方法と基準の問題となるが、これについては、財産権も経済的自由権の一環を構成するので、職業の自由に関する最高裁の諸判例がリーディング・ケースになる。

もっとも、これらの判例についての理解も一様ではないが、次のようになるのではないか。すなわち、財産権の行使そのものが禁止される場合は、それが消極目的のときであろうと積極目的のときであろうとその他の目的のときであろうと、権利行使の実質的否定に等しいので、例外的に立法裁量の必要性が論証されて合理性の基準を適用

することにならない限りは、原則として厳格な合理性の審査をなすべきことになる。それ以外の場合には、消極目的のときには、厳格な合理性の審査が、それ以外の目的のときには、合理性の審査がなされることになる⁽⁴⁶⁾。より具体的にいうと前者の場合に行われる厳格な合理性の審査とは、立法目的が重要な利益を促進するものであるかどうか、またその立法目的を達成するためのより制限的な手段がないかどうか、そして目的と手段との実質的関連性が問われることになる⁽⁴⁷⁾。これに対して、後者の場合に行われる合理性の審査とは、立法目的が正当な利益を促進するものかどうか、またその目的を達成するための手段が著しく不合理であることが明白でないかどうか、そして目的と手段との合理的関連性が問われることになる⁽⁴⁸⁾。またいずれの場合にも、手段審査においては、その手段をとることによって制限される権利・利益との間で衡量がなされることになる。

- (26) 久世公堯「法律と条例」『総合判例研究叢書・憲法(4)』七一頁、一〇二頁（一九六〇年、有斐閣）参照。
- (27) 雄川一郎「財産権の規制と条例」ジュリスト二八〇号（一九六三年）（同『行政の法理』（一九八六年、有斐閣）所収二七一頁以下、以下引用頁数は本書による）二七七頁（この論文によれば、「地方的な特殊事情による差異に基づく条例による規制も、これを容認する法律の規定に基づくべきものであろう」（同・二七七頁）とされる）。他に、神谷昭「判例批評」判例評論四四号一〇頁（一九六二年）参照。
- (28) 山田幸男「宅地造成規制法案をめぐる諸問題」ジュリスト二三四号六頁、九一〇頁（一九六一年）等参照。
- (29) 田中二郎「国家法と自治立法」法学協会雑誌八〇巻四号四三九頁、四五二頁、四五五頁（一九六三年）。ただこの論文も、「しかし、現実には、財産権の内容又は効力に関する定めであるか、財産権の現実の行使の制限に関する定めであるかの区別は必ずしも明確とはいえない」（四五五頁）とする。その他に、財産権の内容は法律のみが規制でき、行使については条例が規制できるとする学説として、高辻正巳「財産権についての一考察」自治研究三八巻四号三頁（一九六二年）がある。
- (30) 雄川・前掲論文注（27）二七六頁。なお、佐藤功「憲法（上）」四八一頁（新版、一九八三年、有斐閣）は、「『権利の内容』と『権利の行使』とは一体をなすものであって、分離しえないものである」とする。
- (31) 今村成和「財産権の保障」『憲法講座二巻』一八〇頁、一九四頁（一九六三年、有斐閣）参照。
- (32) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四巻』二〇五頁（一九六四年、有斐閣）参照。
- (33) 山田幸男「行政法の展開と市民法」一四八頁（一九六一年、有斐閣）参照。
- (34) 大阪市売春勧誘行為等取締条例事件・最大判昭和三七・五・三〇刑集一六巻五号五七七頁参照。

- (35) 徳島市公安条例事件・最大判昭和五〇・九・一〇刑集二九卷八号四八九頁、岐阜県青少年保護育成条例事件・最判平成元・九・一九刑集四三卷八号七八五頁など参照。
- (36) 芦部信喜『憲法』二二九頁（高橋和之補訂第五版、二〇一一年、岩波書店）、塩野宏『行政法Ⅲ』一六九頁（第三版、二〇〇六年、有斐閣）等。
- (37) この根拠については、例えば、渋谷・憲法七〇二頁以下参照。
- (38) 集会・集団示威行進を規制する公安条例、有害図書規制する青少年保護育成条例が念頭にある。
- (39) 最大判昭和三八・六・二六刑集一七卷五号五二二頁。この判決については、成田頼明「判例解説」憲法の判例一〇三頁（第三版、一九七七年）、岩間昭道「判例解説」憲法の基本判例一八頁（一九八五年）、石川健治「判例解説」憲法判例百選Ⅰ二二六頁（第五版、二〇〇七年）参照。
- (40) 雄川・前掲論文注(27)は、「問題は、結局財産権の行使に加えられる制限が、財産権自体を対象とする物的な制限か、又は、人的な制限禁止の結果か、ということになるので、本件多数意見も、結局は、「本件」規制を、この意味での人的な警察規制と見ているものと考えられる」（二七六頁）とする。
- (41) この区分は、成田・前掲論文注(32)二二二頁の「私法秩序の形成に関与する場合」、「権利濫用または警察障害を排除するために人の一定の行為に制限禁止を加え、その結果として財産権の行使が制限される場合……（いわゆる警察的規制）」、「公共の福祉を目的として、財産権自体を対象として高権的見地から物的な制限を加える場合……（公用収用・公用制限等の公用負担）」の分類にほぼ対応する。なお、森林法共有林事件・最大判昭和六二・四・二二民集四一巻三号四〇八頁が、「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである」とするものもこの三分法に依拠したものと考えられる。
- (42) 「県立公園に関する県条例の制定についての福岡県知事あて昭和二十四年三月二六日付法務調査意見長官回答」法務総裁意見年報二卷一〇頁（『法制意見総覧』所収二二九〇頁）。
- (43) 成田・前掲論文注(32)二二二～二二三頁。
- (44) 阿部泰隆「市町村の産廃処理監督条例」ジュリスト一〇五五号一七頁、一九頁（一九九四年）参照。
- (45) これは職業の自由に関する参入規制と類比させて考えることになる。なお、森林法共有林事件・最大判昭和六二・四・二二民集四一巻三号四〇八頁が、共有林分割禁止規定の趣旨を森林経営の安定という積極目的としながら、厳格な合理性の審査をしたのも、実質的に権利行使自体を制限しているからとみたものとも理解できる。

(46) 詳細は、渋谷・条例制定権の限界二二〇頁以下参照。この論文は、以上の財産権規制の一般論を踏まえた上で、福祉のまちづくり条例のケーススタディをしたものである。広義の福祉のまちづくり条例（建築基準法施行条例の改正部分と新規に制定された福祉のまちづくり条例を指す。以下、「福祉のまちづくり条例」として言及するのは、狭義の同名称の条例を指す）の基本的なコンセプトは、高齢者や障害者をはじめ、誰もが安全で快適に暮らせるまちづくりをめざすという点にある。その対象は、不特定多数の利用する建築物、道路、公園、駐車場（以下、これらをまとめて「都市施設」という）に及ぶわけであるが、当然、建築物に関しては、国の法律として建築基準法があるため、建築基準法をベースにどこまで条例で規制をかけることができるか、という点が問題となり、さらに建築基準法の守備範囲を超える都市施設について、どのような内容・方法による規制が可能なかが問題となる。実際、筆者がその制定過程に関与した大阪府の福祉のまちづくり条例の場合、建築基準法をベースにした部分については、建築基準法施行条例の改正という形で対応し、後者については、新たに「福祉のまちづくり条例」という条例を制定して対応した。その後、国レベルでも、同様の見地からの立法が進められ、現在では、「高齢者、障害者等の移動の円滑化の推進に関する法律」（平成一八法九二）となっている。条例が制定された後に、同趣旨の法律が制定されると、その内容如何によっては、事後的な「法律の先占」をどのように考えるかの問題が浮上してくることになる。実際の例として、売春取締条例の後制定された売春防止法との関係があるが、同法の附則四項において地方条例の失効を規定している。これは確認の規定といえるであろう。

(47) 薬局距離制限規定事件・最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁。

(48) 小売市場距離制限規定事件・最大判昭和四七・一一・二二刑集二六卷九号五八六頁、酒類販売免許制事件・最判平成四・一二・一五民集四六卷九号二八二九頁。

六 条例による表現行為の規制

条例による財産権の規制と表現行為の規制の根本的相違は、表現の自由を保障する憲法二一条には、憲法二九条二項のように「法律でこれを定める」といった条項がない点にある。つまり、表現の自由には、明治憲法二九条にあった「法律ノ範圍内ニ於テ」という「法律の留保」がなくなった。しかし、表現行為は、社会に対して様々な影響をもつので、その制限が正当化される場合があり、法律による各種の制約については合憲とされている。しかし、財産権の規定との文言の相違は、それぞれに対する制約についての合憲性の判定基準についての相違を認める根拠の一つとなり、その相違、すなわちそれぞれの権利の性質・機能なども根拠として、いわゆる二重の基準が唱

導されている。⁽⁴⁹⁾ 最高裁も、このような考え方については一般論としては認める傾向にある。⁽⁵⁰⁾

ここで考えねばならないのは、法律による規制と、条例による規制について評価する場合に、その合憲性についての審査の方法・基準等にどのような相違があるのかという点であるが、必ずしも、この点については、これまで議論されてはなかった。これまで裁判で問題となった事例は、法律による規制との関係と条例による独自の規制に対するものであったので、これら二つの場合について順次検討することにした。

1 規制の競合——公安条例の合憲性

規制の競合の問題は、いわゆる「法律先占論」について、一応の回答を示した公安条例に関する事案において判示されている。公安条例は、憲法で保障された集会および集団示威行進を規制するものであり、これらの活動は憲法二一条一項によって保障されていることから、精神的自由権の規制に対する先例ともなっている。⁽⁵¹⁾

いわゆる徳島市公安条例事件では、道路交通法による規制と公安条例による規制の競合が問題となったのであるが、最高裁は以下のように判示して、この条例を合憲とした。⁽⁵²⁾

まず、「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない」とし、規律の対象事項につき、法令と条例が競合する場合でも、規律の趣旨・目的が異なるときには、当該条例は無効ではないとした。もともと、この事案で問題となった道路交通法と公安条例について、「道路交通法は道路交通秩序の維持を目的とする」のに対し、公安条例は「道路交通秩序の維持にとどまらず、地方公共の安寧と秩序の維持という、より広はん、かつ総合的な目的を有する」と解し、「目的を全く同じくするものとはいえない」とするだけで、目的が重複していることを否定しているわけではない。そして、同一目的の場合には、「国の法令が必

ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない」とした。

ところで、本件条例による規制の実体的な合憲性について、この判決は、法令との関係において条例による規制は許されるかという、いわば形式的争点と、条例の規定文言の犯罪構成要件は明確かという争点の前提として、以下のように述べられている。すなわち、「このような集団行動は、通常、一般大衆又は当局に訴えようとする政治、経済、労働問題、世界観等に関する思想、主張等の表現を含むものであり、表現の自由として憲法上保障されるべき要素を有するのであるが、他面、それは、単なる言論、出版等によるものと異なり、多数人の身体的行動を伴うものであつて、多数人の集合体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とし、したがつて、それが秩序正しく平穩に行われない場合にこれを放置するときは、地域住民又は滞在者の利益を害するばかりでなく、地域の平穩をさへ害するに至るおそれがある」としたにとどまる。この部分は、道路交通法と公安条例との目的の相違を最高裁として敷衍説明し、表現の自由が保障する範囲に含まれるとしつつ、行為の性質の観点から規制の必要性を基礎付けようとするもので、審査基準論からみると、目的審査の部分、つまり規制は何のために存在するか、という点のみについて判示し、規制手段、および目的と規制手段との関係についての審査は行っていないと評することができるのではないか。

この判旨には、引用判例はないが、公安条例による規制自体の合憲性が争われたこれまでの最高裁判例⁽⁵⁴⁾の立場の集大成ということもできる。この判旨は、集団示威行進に対する規制に関して、厳格な審査が要求されるとすれば、あるいはこの規制が表現内容中立的に規制手段の見地のみからの規制であるとして、厳格な合理性の審査が要求されるとしても、目的審査が比較衡量論的に観念的抽象的に述べられているにすぎず、きわめて不十分なもので

あると評するほかない。

2 独自の規制——有害図書規制

一九五〇年代から六〇年代にかけて、青少年の健全育成を目的とする、いわゆる青少年保護育成条例が、全国ほとんどの都道府県において制定された。⁽⁵⁵⁾ 規制の対象は、いわゆる悪書追放運動を背景とする有害図書であった。一九七〇年代になると、自動販売機による雑誌の販売が普及するようになり、規制を求める声を背景として、自動販売機に対する収納規制を内容とする条例の制定または改正が、各地で行われた。

有害図書規制の問題は、表現行為の規制となる。ただ、この規制は条例によるものであるから、第一に、先にみた公安条例と同様、法律との抵触関係が問題となる。そして、第二に、憲法で保障された表現の自由との関係が問題となる。それは、有害図書をどのように定義するかという争点に加えて、仮にその定義が明確になるとしても、そのような規制が果たして許されるかという争点が浮上してくる。

この条例の合憲性が争われた岐阜県青少年保護育成条例事件⁽⁵⁶⁾において、最高裁は以下のように判示している。⁽⁵⁷⁾

「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといつてよい。さらに、自動販売機による有害図書の販売は、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。しかも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条

例六条二項による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法二一条一項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法二一条一項に違反するものではない。

ここでは、第一の問題についてまったく触れられていない点に注意しなければならない。すなわち、有害図書が規制しようとした表現行為の中核部分は、性的表現である。とすれば、刑法一七五条のわいせつ物頒布等の罪との関係を問題としなければならない。同条におけるわいせつの定義は、「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義觀念に反するもの」⁽⁵⁸⁾とされ、本件条例の有害図書の定義と重なる部分がある。さらに、わいせつ規制の根拠の一つに青少年に対する悪影響があるとすれば、公安条例の場合と同様、条例による規制の可否、そして規制を可とするときには、相互の整合性を吟味しなければならないはずであるが、それについての言及はない。⁽⁵⁹⁾有害図書がわいせつではない性表現行為を規制しようとするのであれば、いわゆる横出し規制となり、その販売・配布・貸付行為に加えて自動販売機に対する収納自体に罰則を科すことは、刑法が、放任している行為を犯罪行為とすることになるので、上乗せ規制とみることができる。とすれば、条例による規制を禁止する默示的先占（implied preemption）が存在するのではないか、についての検討がなされねばならないであろう。

第二の問題についてはどうか。刑法一七五条で規定されるわいせつ文書に該当しないがそれに準ずる性表現およびその他の有害図書を青少年が入手できないようにする実体的な根拠について、この判例は必ずしも実証的な根拠を示していない。すなわち、有害図書が蔓延すると青少年が健全に育成されないとする因果関係が「社会共通の認識」であるとする根拠となりうる立法事実を提示していない。表現者は、成年者に対する発表は禁じられないの

で、この規制は成年者にとっては事前抑制そのものではないが、青少年（＝未成年者）にとってこのような規制は表現行為へのアクセスを全面的に否定するから、情報の受け手を範疇化して、ある範疇の受け手には一切情報が遮断されるという側面に注目すれば、事前抑制そのものとなる。

表現の自由の機能を重要視する立場からすれば、それが裁判所で争われたときその合憲性は厳格な審査で対応しなければならないはずである。さらに、成年者にとっては、有害図書指定は入手方法の規制のみにとどまることになるが、この規制が現実にとどのような機能を果たすか、つまり有害図書との包括的指定によって、販売者に対して萎縮効果が働き、事実上書店等から駆逐されると実質的に事前抑制そのもの、さらには検閲ともなりうる。表現行為に対する事前抑制に対しては、法文上の形式論理だけではなく、実質的機能まで視野に入れた判断が要求されるのである。

この判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見は、青少年の時期における知る自由の保障の必要性の高さを指摘しつつ、精神的に未熟で選別能力を有していないので、保障の程度は成人よりも低いとした上で、厳格な基準は適用されないとした。すなわち、「その表現につき明白かつ現在の危険が存在しない限り制約を許されないとか、より制限的でない他の選びうる手段の存在するときは制約は違憲となるなどの原則はそのまま適用されないし、表現に対する事前の規制は原則として許されないとか、規制を受ける表現の範囲が明確でなければならないという違憲判断の基準についても成人の場合とは異なり、多少とも緩和した形で適用されると考えられる」としている。また規制を支持する立法事実については、「青少年が有害図書に接することから、非行を生ずる明白かつ現在の危険があるといえないことはもとより、科学的にその関係が論証されているとはいえないかもしれない。しかし、青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよいと思われる」とし、「青少年の保護という立法目的が一般に是認され、規制の必要性が重

視されているために、その規制の手段方法についても、容易に肯認される可能性があるが、もとより表現の自由の制限を伴うものである以上、安易に相当の蓋然性があると考えるべきでなく、必要限度をこえることは許されない。しかし、有害図書が青少年の非行を誘発したり、その他の害悪を生ずることの厳密な科学的証明を欠くからといって、その制約が直ちに知る自由への制限として違憲なものとなるとすることは相当でない」とした。

3 表現行為規制に対する違憲審査の方法

表現行為に対する条例の規制については、財産権規制の場合と異なり、憲法二九条一項と二二条の文言の相違からして、法律との関係があまり意識されないのかもしれない。しかし、まずそもそも条例による規制ができるのか、について実質的に検討しなければならない。この点は、住民代表から構成される地方議会によって条例は制定される、という手続的正統性に着目した法律との類似性によって可能とすることになろう。ただし、条例はあくまで「法律の範囲内において」制定できるのであるから、常に関連する法律についての検討をしなければならない。

次に、当該地域の特性に基づく規制の必要性の論証を規制側がなさねばならず、その際に、規制対象が精神的自由権の中核に位置づけられる表現行為であることから、その規制の合憲性が争われた場合には、厳格な審査によってなされることになる。そして、論証責任は、その規制の必要性を主張する側が負うことになるのは、財産権規制の場合と異なる点である。また、その論証の程度は、岐阜県青少年保護育成条例事件の伊藤正己裁判官の補足意見に示されているような危険の「相当の蓋然性」では足らず、「明白かつ現在の危険」であることを原則とすべきではないか。

(49) 渋谷・憲法一六三頁以下参照。

(50) 薬局距離制限規定事件・最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁、川崎民商事件・最大判昭和四七・一一・二二刑集二六卷九号

五六六頁等。

(51) 筆者の採用する人権体系からいうと、集団示威行進は、表現行為の態様の一つであるから、表現の自由の問題として考えるべきであるのに対して、集会の自由は、共同生活の中に類型化されて、精神的自由権とは違うものとなるが、ここでは一般的な考え方による。渋谷・憲法四〇四頁以下参照。

(52) 徳島市公安条例事件・最大判昭和五〇・九・一〇刑集二九巻八号四八九頁。本判決については、山下淳「判例解説」地方自治判例百選五八頁（第三版、二〇〇三年）、木村草太「判例解説」憲法判例百選Ⅱ四八四頁（第五版、二〇〇七年）参照。

(53) 条例については、条文表現技術が、法律に比して稚拙な点が多々あり、規制文言の明確性が同時に争われる事案が多い。これは、憲法の条文で言えば、表現の自由が争点となる場合には、精神的自由権の特殊性ゆえに萎縮効果を排除するためにその明確性を要求するとして、憲法二一条の問題として議論され、その他の場合には、罪刑法定主義の一要素としての予見可能性一般の問題として、憲法三二一条の問題として議論されている。

(54) 新潟県公安条例事件・最大判昭和二九・一一・二四刑集八巻一一号一八六六頁、東京都公安条例事件・最大判昭和三五・七・二〇刑集一四巻九号一二四三頁。ただ、「公共の安全に対し明らかな差迫つた危険を及ぼすことが予見される」場合のみ禁止されたとした前者の判決ではなく、集団を「暴徒」視する後者の判決に沿ったように読むことができる。

(55) 青少年保護育成条例については、芦部信喜「青少年条例の憲法問題」自治研究四〇巻一〇号（一九六四年）（同『現代人権論』（一九七四年、有斐閣）所収二〇九頁以下）、奥平康弘『青少年保護条例・公安条例』（一九八一年、学陽書房）、法律時報増刊・青少年条例（一九八一年）、芹沢斉「青少年条例の思想」芦部信喜選集記念『憲法訴訟と人権の理論』四八五頁以下（一九八五年、有斐閣）参照。

(56) 岐阜県青少年保護育成条例は、以下のような内容であった。「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがある」と認めるとき、知事は、その図書を「有害図書」と指定（個別指定）するものとし、指定するときには、緊急を要する場合を除き、同県青少年保護育成審議会の意見を聴かなければならないとしていた。ただ、有害図書のうち、「特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占める」と認められる刊行物については、個別指定に代えて、当該写真の内容をあらかじめ規則で定めるところにより指定（包括指定）することができるとしていた。この委任を受けた施行規則は、その写真の内容について「1 全裸、半裸又はこれに近い状態でのお卑わいな姿態、2 性交又はこれに類する性行為」とし、さらに告示によりその具体的内容についてより詳細な指定がされている。そして、指定された有害図書については、販売又は貸付業者がこれを青少年に販売し、配布し又は貸し付けること、及び自動販売機業者が自動販売機に収納することを禁止し、いずれの違反行為についても三万円以下の罰金又は科料に処するとしていた。

(57) 最大判平成元・九・一九刑集四三巻八号七八五頁。この判決については、戸松秀典「判例評釈」判例タイムズ七一七号四〇頁（一九九〇年）、横田耕一「有害図書規制による青少年保護の合憲性」ジュリスト九四七号八九頁（一九八九年）、高見勝利「判例解説」憲法判例百選Ⅰ一

一四頁（第五版、二〇〇七年）参照。

（58）この定義は、最判昭和二六・五・一〇刑集五卷六号一〇二六頁で示されたものであるが、チャタレイ事件・最大判昭和三二・三・一三刑集一一卷三号九七頁で引用されて、その後の判例でも維持されている。

（59）この判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見にもこの点の言及はない。なお、法令等の合憲性の問題は、法の解釈に関する問題であるから、仮に当事者の主張がなくても、職権によって判断すべき事項である。

（60）現在学説において有力に唱えられている審査基準は、厳格なものから順に、①厳格な審査、②厳格な合理性の審査、③合理性の審査の、三種のものからなり、それぞれ目的、手段、目的と手段の關係、という三面の審査がなされるとする。そして、論証の程度は、それぞれの審査に対応して、①明白かつ現在の危険、②危険発生の相当の蓋然性、③抽象的・観念的な危険発生の可能性、の三種のものととなり、それは、上記審査基準の①②③にそれぞれ対応していると考えられる。詳細は、渋谷・憲法六五頁以下参照。

七 結びにかえて——残された問題

以上、条例による人権規制について、平等原則、財産権、表現の自由に関する判例を参考にして、検討を加えてきた。条例の合憲性を考える際に、残された重要な論点の一つとして、条例の文言の広汎性・漠然性の問題を指摘することができる。この問題は、一般論としては憲法三一条が保障しているとされる実体的保障に含まれる罪刑法定主義の構成要素たる条文の明確性および刑罰謙抑主義の要求と関係する。⁽⁶¹⁾これについては、福岡県青少年保護育成条例が処罰の対象とする「淫行」という文言をめぐり問題となったが、最高裁は、「広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきでなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当」と解したものの⁽⁶²⁾とした。しかし、この判決には、「このような解釈は、『淫行』という文言の語義からいっても無理を伴うもので、通常の判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、『淫行』の意義の解釈の域を逸脱したものといわざるをえ

ない。このように考えると、『淫行』という文言は、正当に処罰の範囲とされるべきものを示すことができず、(「この規定は」、犯罪の構成要件の明確性の要請を充たすことができないものであつて、憲法三一条に違反し無効というほかはない」とする伊藤正己裁判官の反対意見が付されている。

条例による人権規制にある大きな問題点は、実は立法技術の稚拙さにあるのではないかという疑念を拭い去ることはできない。

この趣旨は、他に、例えば、広島市暴走族追放条例の合憲性が問題となった事件の最高裁判決に付された以下のような藤田宙靖裁判官の反対意見にも示されている。すなわち、同条例の定める「暴走族」の定義規定および禁止行為の対処と市長の中止・退去命令の対象が暴走族以外の者の行為にも及ぶことを理由として文面上・内容上の違憲性が主張されたのであるが、法廷意見は、規定文言の広汎性と不明確性について、いわゆる合憲限定解釈の手法を施して救済したのである。このような手法に対して、「法令の合憲限定解釈一般について、それを許さないとするものではないが、表現の自由の規制について、最高裁判所が法令の文言とりわけ定義規定の強引な解釈を行つてまで法令の合憲性を救うことが果たして適切であるかについては、重大な疑念を抱くものである。本件の場合、広島市の立法意図が多数意見のいうようなところにあるのであるとするならば、『暴走族』概念の定義を始め問題となる諸規定をその趣旨に即した形で改正することは、技術的にさほど困難であるとは思われないのであつて、本件は、当審が敢えて合憲限定解釈を行つて条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案であると考える」と痛烈に批判したのである。

この点は、審査基準の問題ではなく、審査の方法に関わる問題であり、予見可能性を付与しない文言を内容とする条例は原則として違憲とすべきである。地方議会は、なお、条例に拠る規制が必要とされていると考えるのであれば、その判決を受けて、違憲とされた部分について、再度、立法化を試みるべきであろう。

本稿では、規制条例に焦点を合わせて論じてきたが、条例には、規制条例ばかりでなく、憲法の人権との関係でいけば、授益条例の問題も存在している。給付を付与する条例を、上積み条例ということがある。⁽⁶⁵⁾例えば、法律が六五歳以上の者への一定の給付を定めている場合に、給付を追加し、または給付年齢をさげるといったときがそれに当たる。

最高裁が外国人に対する地方参政権の法律による付与を憲法が許容していると判示しているにもかかわらず、法律が改正または制定されない場合に、条例でそれを認めようとするとき、子どもの権利条約が批准されたにもかかわらず、法律による対応がなされない場合に、条例によってそれに対応しようとするとき、⁽⁶⁶⁾などがこれにあたる。

この場合は、私人の権利・自由を規制するのではないが、授益によって相対的に規制される権利・自由はないかをまず考察しなければならない。仮にあるとした場合には、規制される権利・自由の見地に立つて、違憲審査の基準の適用をなすべきことになる。その他に、平等原則違反の検討がなされることにもなるが、権利・利益を付与する場合には、対中央政府独立性の見地からして、地方政府の自主的判断を尊重すべき場合が多いであろう。しかし、他の地方公共団体の住民との比較の見地というと、優遇と劣遇とは表裏の関係にあるともいえる点も看過すべきではない。

その他、憲法上の人権保障と地方自治の要である条例との関係には、小論をもつては論じ尽くせないところがあるが、条例の違憲審査という視点からみると、とりあえずは以上論じてきたような枠組みを設定した上で分析を進めていくことがこれからの審査のあり方の方向性を考える上で、有効であると考ええる。

(61) 渋谷・憲法一八二頁以下参照。

(62) この条例は、法律との関係でも問題となる。児童福祉法三四条一項六号は「児童に淫行をさせる行為」のみを規制し、その適用範囲を児童の自由意思に属しない淫行に限っているからである。また、売春の相手方を不可罰とする売春防止法、強姦罪を定める刑法一七七条・一七八条

もある。ところが、この条例は、青少年に対し淫行をする行為のすべてを規制の対象としているにもかかわらず、最高裁の法廷意見は、児童福祉法の当該規定は、「必ずしも児童の自由意思に基づかない淫行に限り適用されるものでないのみならず、同規定は、一八歳未満の青少年との合意に基づく淫行をも条例で規制することを容認しない趣旨ではないと解するのが相当である」としている。

(63) 福岡県青少年保護育成条例事件・最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九卷六号四一三頁。

(64) 最判平成一九・九・一八刑集六一卷六号六〇一頁。なお、この判決については、渋谷秀樹「判例研究」立教法務研究一号一六九頁(二〇〇八年)、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究七五卷二号一五九頁(二〇〇八年)、卷美矢紀「判例解説」ジュリスト臨増一三五四号一六頁・平成一九年度重要判例解説(二〇〇八年)、曾根威彦「判例解説」判例時報二〇三六号一八〇頁(二〇〇八年) 参照。

(65) 宇賀克也『地方自治法概説』一五五頁(第三版、二〇〇九年、有斐閣) 参照。

(66) 最判平成七・二・二八民集四九卷二号六三九頁。

(67) 渋谷・論じ方四三四頁以下参照。

(68) このときは、条約との関係も問題となる。渋谷秀樹「地方公共団体の条例と国際条約」立教法学七三号二三頁(二〇〇七年)(これは日本都市センター編・国際条約と自治体(二〇〇五年、日本都市センター)に掲載された報告書に修正を施したものである) 参照。